

德国公司治理改革的新动向

齐树洁,陈文清

(厦门大学法学院,福建厦门 361005)

【摘要】 在德国,由于股权结构相对集中,公司的控制股东(商业银行)左右着公司的经营活动,因此如何防止控制股东利用控制权侵害中小股东的利益,便成为德国公司治理的核心问题。为了完善公司内部治理机制,并增强公司运营的透明度,以达到强化对公司中小股东保护的目,德国政府最近对其公司治理机制进行了一系列革新。本文就其革新的核心内容进行简要的评述。

【关键词】 德国公司法;公司治理;股东;董事会;监事会

【中图分类号】D951.622.9 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1009-9093(2003)03-0001-03

在德国,公司股权结构相对集中。银行作为公司的控制股东,拥有足够的信息、专业知识和经验,有能力并且有动力对公司经营者进行监控,因此,从控制股东(银行)的角度看,这种少数控制股东体制有力地削减防止公司经营者从事损害公司整体利益的道德危险行为的代理成本,并促进公司的长期经营战略。但它也潜藏着另一种严重的道德危险问题,即控制股东经常凭借对公司的控制权,倾轧非控制股东,损害非控制股东的利益。因此,如何防止控制股东侵害一般股东利益,就成为德国公司治理的核心问题。

在 20 世纪 90 年代,由于德国几家大公司经营不善而引发的危机,使投资者丧失了对公司经营和股票市场的信心,进而削弱了德国企业在国际市场上的竞争力。大公司遇到的危机引起了德国各界的关注。无论是从事公司治理研究的学者,这是致力于公司治理实践的企业家阶层,乃至德国政府,都意识到危机的重要根源是银行等大股东的长期控制,造成公司运营透明度不高和对一般股东保护乏力,进而使公司的竞争压力和创新动力受到一定程度的抑制,因此必须对公司治理机制进行改革。在社会各界的推动下,德国联邦政府于 2002 年夏季提出了公司治理改革的 10 点计划。在此基础上,2003 年 2 月 15 日,德国联邦司法部长和财政部长共同提出了《联邦政府改善公司治理的措施目录》(此处最好能够注明其英文名称,以下简称《目录》),此后又颁布了《德国公司治理准则》(German Corporate Governance Code,以下简称《准则》)。本文简要介绍《目录》和《准则》提出的改革措施。

一、强化对股东权利的保护

由于德国公司股权结构相对集中,公司大量股份掌握在商业银行手中,或者通过公司间相互持股的方式由其他公司所持有。这些作为大股东的银行和公司通常会派出自己的人员担任其所持股公司的董事会成员,参与该公司的经营管理活动,因此作为大股东的商业银行和持股公司控制着公司的经营权。在这种情况下,德国公司治理所要解决的并不是公

司的经营者侵害公司所有者的问题,而是强势大股东侵害弱势中小股东的问题,即中小股东利益的保护问题。

德国股份公司法虽然赋予股东诸多可经由股东会参与公司管理并监督董事会等经营者的权利,但此等集体股东权的行使,系由股东会以多数决方式来决定,从而当控制股东通过金字塔持股或交叉持股控制股东会表决动向时,试图以此等股东权的行使来监控公司经营,是很难奏效的。为了弥补股东大会的不足,《目录》和《准则》提出了强化股东以个人或少数股东身份监督经营者的措施:

1、完善股东代表诉讼制度。公司的控制股东在行使控制权时对公司负有信义义务,它们必须以合理的方式行使控制权。如果控制股东不当行使控制权而损害公司和非控制股东的利益时,控制股东对公司负有损害赔偿赔偿责任。但由于控制股东左右着公司的股东大会和管理层,公司一般不会主动向他们追究责任。在这种情况下,法律为了维护非控制股东的合法权益,赋予公司股东代公司提起诉讼、要求侵害公司利益者对公司承担责任的权力。股东代公司提起诉讼的制度就是股东代表诉讼制度,它是平衡控制股东和非控制股东利益的重要制度。但是,德国的股东代表诉讼制度存在诸多缺陷:

(1) 诉讼适格门槛过高。德国股份公避法第 147 条规定,股份总计达到基本资本的十分之一或其股票的票面价值达到 100 万欧元的股东才有资格向法院申请提起股东代表诉讼,而一般股东持股数量相当有限,很难达到这一苛刻的要求,且通过集中多个股东的股份以满足此一持股数量的要求,其成本又过于高昂,非一般股东所能承受;(2) 诉讼风险过高。股东提起代表诉讼时,是以公司的名义起诉的,如果胜诉,所得赔偿金归公司,且股东不得要求如何报酬;但若公司全部或部分败诉,股东必须支付超过公司在诉讼中所获得的价值的诉讼费用,若公司完全败诉,股东还必须支付任命特别代表所造成的法院费用及给特别代表支付的补助和报酬。这样,即使中小股东的权利受到控制股东的不法侵害,由于股东代表

【收稿日期】2003-03-06

【作者简介】齐树洁(1954-),男,河北武安人,厦门大学法学院教授;陈文清(1978-),男,福建晋江人,厦门大学法学院民商法专业研究生。

诉讼所面临的高成本和高风险,往往望而却步,不敢轻易寻求司法救济,这又反过来助长了控制股东对控制权的滥用,从而导致股东代表诉讼制度平衡控制股东和中小股东利益的功能难以发挥。

为了加强对中小股东的保护,《目录》对股东代表诉讼制度作出了适当的修正:(1)持股数量的要求有所降低,即持有股份总计达基本资本的百分之一或其股票面值达到10万欧元的股东就有资格申请提起要求公司董事会成员或监事会成员承担个人责任的诉讼,这样,中小股东更容易满足此持股数的要求,这就大大降低了股东代表诉讼的门槛;(2)为了防止股东的滥诉,同时为减轻股东的诉讼风险,《目录》对股东提出诉讼的程序作出了合理的限制,即股东在提起诉讼前,必须得到法院的准许,如果法院认为股东的诉讼是不必要或者没有敲诈嫌疑,可以驳回股东的诉讼申请。如果申请被法院驳回后,股东仍提起诉讼,败诉后股东必须承担法院的费用和对方当事人诉讼费用。如果法院准许股东的诉讼申请,则不论是否胜诉,诉讼中所产生的诉讼费用都由公司承担。通过降低诉讼门槛和减轻诉讼风险,中小股东必将有更大的激励提起股东代表诉讼,进而使股东代表诉讼制度应有的功能得以充分发挥。

2、完善股东集体诉讼制度。股东集体诉讼,是指当公司股东因公司的虚假陈述或其他不法行为而遭受损失时,以集体的方式提起诉讼,或委托共同的代理人提起诉讼,要求公司承担损害赔偿赔偿责任。以集体的方式进行诉讼,可以避免大量的同类诉讼,从而减轻公司和法院面临的诉讼压力,节约大量的诉讼费用和司法资源。但由于将众多股东集合起来进行诉讼难度很大,成本过高,使集体诉讼的功能难以充分发挥。为了便于集体诉讼的行使,《目录》规定诉讼的管辖权由公司注册登记地法院统一行使,这样可以方便股东提起诉讼,并保证司法的统一;《目录》建议创立模范审判制度,即如果很多股东以同一事由提起诉讼,法院可以选择其中一个案件进行模范审判,并暂时中止其他同类诉讼,法院对模范诉讼的判决将作为其他案件的依据,即该模范诉讼所认定的事实将作为其他同类诉讼中认定公司发布的公告是否存在虚假陈述或重大遗漏的根据,同时,法院必须将模范诉讼的案情公布,以便于遭受同类损害的股东有机会申请同类诉讼,这样可以避免大量重复的诉讼程序,节约诉讼费用。

二、加强对董事的约束和激励

为了防止董事利用其职权侵害公司和股东利益,必须对董事施予一定的约束(义务);同时,为了使董事为公司的利益而勤勉地工作,必须对董事施予一定的激励。

1、董事的义务。根据《准则》,董事会负责公司的经营活动,董事会会在经营活动中有义务实现公司利益的最大化。为了确保董事勤勉地为了公司的利益服务,《目录》和《准则》强化了董事的义务,主要有:

(1)董事的注意义务。董事的注意义务要求董事像谨慎的普通人在相似情况下给予合理的注意一样,机智慎重地、勤勉尽责地管理公司事务。^[1]《准则》所赋予的董事的注意义务主要有:制定适合于公司的经营策略,并执行之;确保公司的经营活动遵守各种制定法的规定;确保公司在适当的商业风险内从事经营活动,并尽量控制经营中的风险;及时地向监事会报告所有与公司经营有关的重大问题,包括董事会的计划、公司的商业发展、公司面临的经营风险等。

(2)董事的忠实义务。董事的忠实义务是指董事不得以损害公司利益的方式行为,不得将董事或与董事有关的个人利益置于公司利益之上,其核心在于董事不应当利用自己作为公司董事的身份获取个人利益。^[2]《准则》所规定的董事的忠实义务有:竞业禁止义务,即董事在任职期间内不得为自己或为他人从事与公司相竞争的业务;董事不得利用自己的身份或职务获取非法利益;利益冲突交易的披露义务,即董事会成员必须向监事会及时披露其利益冲突交易,并向董事

会的其他成员发出通知。

2、对董事的激励。激励是对公司管理人员的正面刺激,即通过给予足够的报酬使被激励者乐意为公司付出更多的努力,以达到激励提供者的利益要求。德国公司给予董事的激励主要有工资、红利、保险补偿金和股票优先认购权等形式。董事报酬的每种形式既有优点、又有不足,固定工资能提供可靠的收入,但它不利于激发中的积极性;红利基于公司当年的经营业绩,有刺激作用,但它易驱使董事的短期行为;股票优先认购权最能反映公司的真实业绩,又最有刺激作用,但风险太大。因此,最优化的报酬设计应当是不同形式的组合。为了构建合理的报酬组合,《准则》第4.2.1条规定,董事会成员的薪酬应该由固定的薪金和浮动的薪酬组成。浮动的薪酬应该包括一次性支付的报酬和一年度支付一次的报酬,并且应当与公司的经营业绩挂钩,从而成为对董事会成员的长期激励。

为了确保董事报酬的合理性,监事会在确定董事的报酬时,必须考虑董事的收入与该董事的任务和公司的经营状况是否相适宜,董事报酬确定后,如果公司的经营业绩发生不利变动,必须相应地削减董事的报酬。同时,根据《目录》,如果董事的报酬出现严重不当,而监事会却怠于行使监督权,特别是监事会不当授予董事股票优先认购权时,监事会成员要对公司承担个人责任,且董事负有返还其所获得的不当报酬的义务。

三、强化监事会的监督职能

由于股东大会为公司的非常设机构,而股东个人又势单力薄且个人监控董事会成本太大,致使股东大会及股东个人对监事会的监控力度有限,因此,必须在公司内部设立专门的监控机构,即监事会。监事会的任务是监督管理层的经营管理活动,并参与对重大问题的决策。为了强化监事会对董事会的监控,《准则》对监事的资格限制和职责作出了一些修正:

1、监事资格的限制。为了保证监事会成员具有履行监控职责的能力,《准则》规定,监事会成员必须具备要求的专业知识、能力和专家经验;选任监事时必须考虑到公司经营的国际性、潜在的利益冲突,以及年龄限制等因素;任何一家上市公司的董事会成员不得担任超过五家上市公司的监事。为了保证监事会能独立地行使监督权,《准则》要求监事会中不得有超过两名成员是公司的前任董事会成员,这样可以在一定程度上防止监事会和董事会形成过于亲密的关系,而妨碍监事会履行正常的监控职责;并且,监事会成员不得在与其任职公司相竞争的其他公司担任董事或类似职务,以避免监事会成员从事利益冲突交易,或为了自身利益而滥用监控权。

2、监事会的职责。德国股份公司所赋予监事会的职责主要有:监事会成员的选任和解任、监督董事会的业务执行情况、查阅和审查公司的账册和文件以及财产、召集股东大会、对外代表公司等。在此基础上,为了确保监事会能更高效地运作并能胜任复杂问题的处理,《准则》规定监事会必须在内部成立由足够的专家组成的委员会,这些委员会必须定期向监事会主席报告其工作情况,在这些委员会的任务是处理公司有关的会计审计、经营策略、管理层的报酬、投资和融资等问题。

四、完善信息披露制度

信息披露制度,是指公司依法将与公司经营有关的一切真实信息予以公开,以满足不同主体的需求的法律制度。为了对公司的经营者进行有力的监控,必须提高公司运营的透明度(transparency),要求公司将有关的财务和其他信息及时、完整、客观地向外界公布。针对德国公司普遍存在的信息披露不充分,从而造成投资者和政府对公司经营者监控乏力的现象,《目录》和《准则》提出了完善公司信息披露制度的一系列措施有,主要有:

1、完善公司的财务会计制度

为了保证公司的财务会计报告能满足投资者和政府机构的需求,《目录》提出在德国公司适用国际会计准则。《目录》根据欧盟规则(EU Regulation)的要求,提出非上市公司的合并财务报表、上市公司和其他公司的私人会计处理可选择适用国际会计准则(International Accounting Standards);根据欧盟规则所提出的过渡条款,2007 年 1 月之后,国际会计准则应强制适用于所有上市公司。同时,《目录》提出对《商法典》中有关编制资产负债表的规则进行完善,以使其符合欧洲规则和国际会计准则的要求。建立完善的公司财务会计制度,可以使公司提供的报表更能反映公司的实际经营状况,更能防范公司经营者进行不法的会计操作,从而有利于投资者和政府机构对公司经营活动进行有效监控。

2、强化管理层和监督机构的信息披露义务

公司重大事件的披露。根据《准则》,如果新近发生的与公司经营有关的事实将对公司上市交易股票的价格产生重大响,并不为公众所知悉,公司管理层有义务及时将其披露出来;如果公司知悉私人通过购买、出售或其他方式所获得或转让的股份达到或超过该公司有投票权股份的 5%、10%、25%、50%或 75%,公司的管理层必须及时进行披露。要求经营者及时披露与公司有关的重大事件,可以使投资者作出理性的投资判断,及时地调整投资策略,并能更好防范公司经营者从事内幕交易而损害一般股东的利益。

董事会成员和监事会成员持股的披露。公司董事会和监事会成员必须及时向公司披露其购买和出售其所任职公司及关联公司股票、股票优先认购权和其他证券衍生品的情况;如果公司的董事会和监事会成员所直接或间接持有的股份(包括股票优先认购权、其他证券衍生品)达到或超过公司所发行股份总数的 1%,董事会和监事会必须各自作出相应的披露;同时,公司必须在每年的财务说明书附录中列出支付给董事会成员的保险补偿金和股票优先认购计划的细节性问题。

五、完善审计制度

审计是指由独立的机构或人员接受委托或根据授权,对公司的财务会计报表和其他资料及其所反映的经济活动进行审查,并发表意见。审计的最根本目的是审查公司经营的实际状况,为政府机构和投资者监督公司的经营活动提供依据,因此它在公司治理中有重要作用。

根据《准则》,监事会中设立专门的审计委员会,由其负责处理公司内部会计、判断风险经营以及不判断审计人员的独立性、确定审计的重点和审计费用等。监事会(或审计委员会)在挑选审计人员之前,必须获取有关审计人员与其审计机构、审计机构的其他成员之间存在的专业、财务和其他可能影响其独立进行审计的关系的说明。由审计委员会专门负责公司的审计事务,可以充分发挥专业分工的优势,确保公司审计工作的有效进行,从而充分发挥审计对公司经营的监控作用。

为了保证审计机构和审计人员能独立地进行审计,《准则》禁止审计机构和审计人员为公司提供可能会影响其审计独立性的服务,特别是禁止审计机构为公司提供咨询等服务,这样可以避免审计机构与被审计公司形成过于密切的经济联系,进而影响审计机构在审计工作中的独立性。为了保证审计人员更勤勉地进行审计工作,《目录》提高了审计人员的赔偿责任的最高限额,即从以往的 100 万欧元提高到 400 万欧元。

为了审计工作的顺利完成,如果审计人员在审计中遇有对审计任务的完成有重要影响的事实、事件,或发现被审计的文件中有虚假陈述的事实,监事会必须及时安排其作出报告。

六、设立独立的财务监控主体

2002 年的安然事件与安达信危机,使人们认识到,即

使像安达信这样负有盛名的会计公司也可能在审计中弄虚作假,帮助被审计公司掩盖经营中的非法行为,特别是当会计公司在被审计公司中享有其他经济利益(比如为被审计公司提供咨询服务)时,为了自身的经济利益考虑,他们在审计工作中帮助被审计公司弄虚作假的激励将大大提高;即使审计公司与被审计公司没有其他的业务往来,会计公司也很难在审计中实现完全的独立性,因为他们是通过为被审计公司提供审计服务而收取报酬的,被审计公司有权决定聘用哪一家会计公司为其提供审计服务。可见,会计公司是处于被动地位的,他们为了争取更多的客户,有时候可能不得不屈从于被审计公司的某些不合理要求,而丧失其在审计中的独立性。

为了弥补审计制度的固有缺陷,《目录》提出由一个别于法定的审计人员并完全独立于被监控公司的外部机构根据联邦金融监督机构的申请(而非根据被监控公司的聘用)对被监控公司的财务报表进行审计。该机构非由政府机关设立,其运作经费亦非由国家提供,其职能主要是监控上市公司的财务制度是否遵守合理的会计准则。为了使其更好地履行监控职能,《目录》赋予其如下权力:(1)要求公司提供其须在资本市场披露的信息;(2)向公司提出调整财务说明书的要求;(3)对公司的特定事项进行特别审计;(4)解除对审计人员的任命;(5)与其他机关进行合作并交流信息。由于该机构在经济上完全独立与被监控公司,在这一点上它克服了审计制度中的固有缺陷,能以更为超然、更为客观的立场对被监控公司的财务进行审计,这同时也是对会计公司的审计工作进行的有效监督,能促使会计公司提供更为客观真实的审计报告。

结论:

针对德国的集中型股权结构和银行在公司运作中的核心地位,德国公司治理的从两方面入手,首先是通过强化中小股东对经营者监督的权利,以此完善公司内部治理机制,形成相互制衡的内部组织机构;其次是通过完善公司的信息披露制度、审计制度和设立独立的财务监控主体,完善公司外部治理机制,增强公司运作的透明度,使公司的经营者受到社会的广泛监督。此次改革的根本目的,在于提高德国公司治理机制的透明度和可信度,以此增强国际和国内的投资者和普通民众对德国上市股份公司的经营和监管体制的信心,从而提高德国公司在国际市场上的竞争力。

注释:

《准则》第 3.4、4.1.2、4.1.3、4.1.4 条。

参见《准则》第 4.3.1、4.3.2、4.3.3、4.3.4 条。

参见《准则》第 5.3.1、5.3.2、5.3.3 条。

参见《准则》第 6.6 条。

参见《准则》第 7.2.3、7.2.4 条。

2001 年 12 月,美国的能源巨头安然公司向法院申请破产保护,后来牵扯出国际五大会计公司之一的安达信为安然公司的财务报表粉饰造假,私下销毁部分有关安然审计工作的重要资料会计丑闻。

参考文献:

[1] 梅慎实. 现代公司治理结构规范运作论[M]. 北京:中国法制出版社,2001. 503.

[2] 张民安. 公司法上的利益平衡[M]. 北京:北京大学出版社,2003. 399.

[3] 贾红梅,郑冲译. 德国股份公司法[Z]. 北京:法律出版社,1999.

[4] 李维安,武立东. 公司治理教程[M]. 上海:上海人民出版社,2002.

[5] 黄铭杰. 公司监控与监察人制度改革论——超越‘独立董事’的迷思[J]. 台湾大学法学论丛,第二十九卷第四期,173-174.

(责任编辑:陈恭健)